

GRUPO I – CLASSE VI – Segunda Câmara

TC-007.935/2012-9

Natureza: Representação

Órgão: Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO.

Interessada: Procuradoria da República em Goiás.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. PAGAMENTOS EFETUADOS SEM DESONERAÇÃO DE ICMS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação formulada pela Procuradoria da República em Goiás, acerca de supostas irregularidades detectadas nos pagamentos efetuados pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO às empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcomerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., concernentes a compras de medicamentos de alto custo, realizadas no período de 2002/2008, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS.

2. O Procurador da República Marcelo Santiago Wolff, ao final de sua Representação (Peça n. 1, p. 3), solicitou a este Tribunal que, além de apurar as responsabilidades pela supramencionada irregularidade, efetuasse a retenção cautelar de pagamentos às empresas envolvidas nos pagamentos indevidos, no montante total dos valores ora questionados.

3. A Secex/GO efetuou diligência à Secretaria Estadual de Saúde em tela (Peça n. 5), a fim de obter informações acerca dos desembolsos que já foram promovidos em benefício das empresas apontadas na Representação, especialmente no que concerne: a) à realização de retenção de créditos dessas empresas em decorrência de indícios de inclusão indevida de ICMS nas aquisições de medicamentos efetivadas por meio de Pregões; e b) ao destino dado aos valores retidos (restituição à conta do SUS, compensação com outras aquisições de medicamentos, dentre outros).

4. A unidade técnica deste Tribunal realizou, ainda, as oitivas das empresas fornecedoras de medicamentos indicadas na Representação (Peças ns. 19, 20 e 23) para que se manifestassem acerca dos indícios de irregularidades contidos na peça inicial destes autos.

5. As respostas à diligência e às oitivas constituem, respectivamente, as peças ns. 38 e 32, 34 e 36 destes autos e foram devidamente analisadas pela Secex/GO, em sua instrução, conforme trecho a seguir transscrito, com os ajustes de forma pertinentes (Peça n. 45, pp. 3/9):

“EXAME TÉCNICO

Diligência e Oitiva da SES/GO

11. Em atenção à diligência que busca apurar o montante de recursos federais nos desembolsos promovidos em favor das empresas mencionadas na representação, o órgão se lastreia em informação produzida no âmbito de sua superintendência de gestão, planejamento e finanças (peça 38). Segundo o Memorando 405/2012 –SGPF/SES, o valor total pago às empresas no período compreendido entre 2003 e 2009 alcançou o montante de R\$ 205.095.383,07, sendo que R\$ 84.338.637,55 referem-se à fonte orçamentária federal. Os dados foram extraídos a partir dos trabalhos que consubstanciam o Relatório SES/GO 01/2011, conforme acima comentado, e sobre eles há expressa ressalva quanto à necessidade de serem validados por uma nova auditoria, tendo em vista que não foi ainda encontrada toda a documentação física relativa às

notas fiscais e aos processos relacionados nas planilhas que acompanham o aludido relatório, conforme Despacho GAB 004670 da Procuradoria-Geral do Estado de 22/7/2011 (peça 38, p. 2 e p. 56-60).

12. Quanto às irregularidades especificamente relacionadas ao objeto da representação, o órgão faz alusão ao Relatório de Auditoria SES/GO 01/2011, cujo conteúdo confirmaria a ocorrência da irregularidade representada. Esclarece que a apuração realizada alcança o período compreendido entre 2003 e 2009, porquanto a documentação referente ao exercício de 2002 não teria sido encontrada (peça 43).

Oitiva das empresas

13. Na manifestação que lhe competiu (peça 32), a empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda desenvolve, em síntese, duas teses principais. A que foi mais argumentativamente explorada diz respeito ao próprio mérito jurídico da irregularidade apontada em representação. Nega, de maneira peremptória, que tenha indevidamente faturado o tributo de ICMS nos medicamentos que forneceu, conforme apontado pela SES/GO, com base em diversas alegações, entre as quais a de que não era juridicamente hábil a exigência editalícia no sentido dos preços já contemplarem a incidência do tributo. Para tanto, elenca vários pareceres adotados no âmbito da administração estadual que sustentariam seu argumento. Também considera que recente deliberação adotada pelo TCU (Acórdão 140/2012 – P), respaldaria sua conduta de ter apresentado proposta de preços desonerados do tributo. Segundo a empresa, suas propostas de preços já continham a informação sobre a desoneração do tributo, o que tornaria insustentável a afirmação de que teria percebido valores indevidos. Por essa razão requer, ao final de sua peça, o reconhecimento da ilegalidade relativa à pretendida devolução.

14. De outra sorte, nega possibilidade jurídica à pretensão de medida cautelar consubstanciada na representação, por conta da inexistência de fundamentação hábil para sua concessão: ausência dos pressupostos de **fumus boni juris** e de **periculum in mora**. A respeito, cita como precedente judicial pretensão exarada pelo próprio representante – Ministério Público Federal –, conjuntamente com o Ministério Público do Estado de Goiás, em ação civil pública impetrada na 9ª Vara Federal sobre o mesmo tema - processo 26578-59-2010.4.01.3500 em que se requer o ressarcimento de R\$ 1.907.641,06. Associado a esse processo, foi impetrada ação cautelar de arresto, por meio da qual pretendia-se a indisponibilidade de todos os bens dos envolvidos (processo 27890-70.2010.4.01.3500). Segundo alega a empresa, não foi deferido o pedido de liminar, ante a consideração de que poderia haver prejuízos às atividades comerciais da empresa e também, ante a existência de caução idônea. Segundo a defendant, seria absolutamente ilegal a suspensão de maneira globalizada de todos os créditos que tem a receber, decorrentes de contratos diversos, o que configuraria em entendimento já respaldado por esta Corte (Decisão 395/2002 – Plenário).

15. Também em sustentação à ausência de legitimidade para a concessão da cautelar, a empresa faz alusão ao próprio conteúdo do Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 para realçar o fato já apontado na parte desta instrução reservada ao histórico do processo, segundo a qual a retenção promovida em relação a ela superaria o valor supostamente apontado como indevidamente pago, o que demonstraria que ela tem na verdade valores a receber. Considera, nada obstante, que o relatório é absolutamente frágil para sustentar qualquer retenção, tendo em vista sua absoluta precariedade quanto à metodologia de levantamento dos dados. Isso porque relatório anterior, também produzido no âmbito da SES/GO (Relatório de Atividades da SES/GO de dezembro de 2010 – mencionado no histórico), mas sob outra gestão administrativa, teria chegado à conclusão de que a empresa teria um saldo devedor relativo a ICMS na importância de

R\$ 6.086.809,85. A empresa assinala o fato para apontar a discrepância de critérios adotados pela administração estadual, o que demonstraria a precariedade do levantamento de dados para sustentar a referida medida cautelar.

16. A empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (peça 34), por sua vez, faz também alusão à ação cautelar de arresto de bens que lhe foi interposta pelo Ministério Público Federal (processo 27892-40.2010.4.01.3500) para esclarecer que muitas das licitações mencionadas na referida ação judicial, nas quais é apontada a cobrança irregular de tributo, estão também discriminadas no TC – 008.322/2010-4 (Acórdão 1.789/2010 – 2ª Câmara). Pelo fato de a medida excepcional ter sido negada pelo juiz da 9ª Vara da Justiça Federal de Goiás, tendo em vista a existência de caução e a não identificação dos pressupostos de **periculum in mora** e de **fumus boni juris** – transcreve trecho da decisão judicial (peça 34, p. 3) –, a empresa considera que a representação proposta junto ao TCU, quanto ao solicitado bloqueio de pagamento, carece de fundamentação jurídica e se trata apenas de um expediente adotado pelo representante para viabilizar, em outra instância, uma pretensão que lhe foi negada em via judicial.

17. A manifestação da Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por fim (peça 36), requer inicialmente que a presente representação passe a integrar os processos da relatoria do Ministro Augusto Sherman, tendo em vista estar sob sua presidência a instrução dos processos de tomadas de contas especiais já existentes; o intuito seria o de evitar decisões conflitantes sobre o tema. Na mesma linha arguída pelas outras empresas, alega a existência de ação de arresto que lhe foi também impetrada pelo MPF (nº 27891-55.2010.4.01.3500), mas que igualmente não foi bem sucedida ante a apresentação de caução idônea. Sustenta ainda a precariedade das informações constantes do Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011, do qual se vale o representante, ante as considerações constantes de parecer prolatado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás; segundo a defendant, o órgão jurídico estadual não abonou a retenção de qualquer pagamento. Seu entendimento, enfim, quanto à pretendida retenção, procura caracterizá-la como juridicamente ilegítima, por lhe faltar os pressupostos de concessão.

18. De resto, e seguindo linha de defesa apresentada pela empresa Medcomerce, a empresa Hospfar colaciona alguns argumentos que justificariam a sua conduta de faturar os medicamentos em desacordo com as regras estabelecidas em edital, entre os quais uma suposta decisão desta Corte que abonaria o procedimento (Acórdão 140/2012 – P) e o fato de ter declarado que os preços dos medicamentos por ela ofertados em certames licitatórios não estavam onerados de ICMS.

Análise

a) Apuração da irregularidade representada

19. São duas específicas providências que conformam o objeto da representação impetrada pela Procuradoria da República em Goiás. A primeira diz respeito a uma ação investigativa que entende deva ser tomada por esta Corte quanto ao tema da cobrança indevida de tributo nas aquisições de medicamentos promovidas pela SES/GO, conforme apuração constante do Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011.

20. A esse respeito, a representação se mostra, em princípio, insubstancial, porquanto a apuração de responsabilidades quanto ao tema já se constitui em objeto formal da jurisdição desta Corte desde exercício de 2005, conforme relatado em instrução anterior (peça 14), a partir de que houve dois acórdãos dirigidos à SES/GO, em que se especificam os procedimentos a serem objeto de singulares tomadas de contas especiais. Portanto a irregularidade mencionada na representação e os indícios de débito que se lhe correlacionam já são foco específico da atuação desta Corte, havendo,

entre aqueles procedimentos mencionados pelo Acórdão 45/2008 – P, muitas tomadas de contas aptas a merecerem julgamento definitivo – estão sob a relatoria do Ministro Augusto Sherman.

21. Por esse motivo, a representação parece não se constituir em via processual adequada para que esta Corte delibere sobre a ocorrência ou não de indevido faturamento de tributo nas aquisições de medicamentos promovidas pela SES/GO, como se o seu mérito, provimento ou não provimento da representação, dependesse do deslinde da questão. Não é a esse fim que se vale a iniciativa do representante, porque sua expressa intenção é a de que promova a cabível apuração de responsabilidades, o que está sendo feito do modo que o TCU já entendeu como o mais adequado para o tema, qual seja: vinculando cada procedimento de aquisição a uma tomada de contas especial, para que se identifique, singularmente, o débito correspondente. Consoante as instruções realizadas por esta unidade técnica, toda a questão de fundo quanto à ocorrência ou não de faturamento indevido de tributo está sendo tratada nas referidas tomadas de contas especiais, o que inviabiliza, nesta oportunidade o exame dos argumentos apresentados pelas empresas a respeito, particularmente pelas empresas Medcommerce e Hospfar. Somente se diga, quanto ao aludido Acórdão 140/2012 – P, que se conteúdo não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios que antecedem sua existência.

22. Embora já se realize a ação fiscalizatória desta Corte voltada ao tema, nada impede que a representação possa resultar em oportuna ocasião para que se torne mais célere e efetiva. Quanto aos procedimentos de aquisição identificados pelo Acórdão 45/2008 – P, verifica-se que a SES/GO efetivamente cumpriu com a obrigação que lhe pesava, no sentido não somente de instaurar as tomadas de contas especiais ali discriminadas, como também a de enviá-las ao TCU.

23. O mesmo, todavia, não ocorreu com os procedimentos discriminados pelo Acórdão 1.789/2010 – 2^a Câmara. Tendo em vista que na ocasião ficou estabelecido o prazo de 60 dias para que fossem enviadas as respectivas tomadas de contas especiais à Secretaria Federal de Controle, a ação de monitoramento que se seguiu acabou considerando cumprida a obrigação que competia à SES/GO, consoante Acórdão 394/2012 – 1^a Câmara, com base em manifestação proveniente da pasta em outubro de 2011, segundo a qual as tomadas de contas especiais estavam na iminência de serem enviadas ao órgão de controle interno. Como a obrigação constante do Acórdão 1.789/2010 – 2^a Câmara permanece não cumprida, parece recomendável que a presente representação sirva para se viabilizar uma nova ação de monitoramento.

24. Levando-se ainda em conta que a apuração promovida pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 demonstra que os procedimentos em que se suspeita a ocorrência da irregularidade vão além do âmbito de aquisições delimitado por esta Corte por meio dos acórdãos 45/2008 – Plenário e 1789/2010 – 2^a Câmara, tem-se na presente representação também oportunidade de se ampliar o escopo das aquisições de medicamentos que venham a oferecer indícios da mencionada irregularidade. Portanto, considera-se adequado que esta Corte estabeleça uma terceira determinação a ser dirigida a SES/GO com o objetivo de definir todos aqueles procedimentos de aquisição, compreendidos entre os exercícios de 2003 e 2009, conforme discriminado pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011, excetuando-se os procedimentos já discriminados pelos aludidos acórdãos, em que se reconheça a existência de faturamento indevido de tributo, instaurando-se para cada um deles a devida tomada de contas especial.

b) Retenção de pagamento

25. Trata-se da outra providência solicitada pelo representante, cujo caráter de urgência justificaria a concessão de medida cautelar. O raciocínio jurídico de que se vale a Procuradoria da República para propor a cautela caracteriza em primeiro plano a ocorrência da irregularidade, do que se justificaria a preocupação de se resguardar o resarcimento do débito por meio de bloqueio dos créditos devidos às empresas que diretamente se beneficiaram do pagamento indevido. Sobre tal pressuposto, há de se afirmar que não há juízo definitivo desta Corte sobre o tema, ainda que em nível de exame técnico haja propostas em que se reconhece o cometimento da irregularidade, para cujo débito não somente as empresas mencionadas respondem, mas também outras empresas fornecedoras, bem como os servidores públicos que autorizaram os pagamentos.

26. A concessão da medida cautelar não deve se condicionar a um cabal juízo de convicção sobre a irregularidade, senão em indícios suficientemente fundamentados de que a pretendida antecipação jurisdicional teria resguardo jurídico. Nesse sentido, a existência de várias TCEs em tramitação nesta Corte sobre o tema, sem falar nas que aguardam entrada, onde figuram como responsáveis, entre outras pessoas físicas, as empresas nominadas, revela que existem indícios razoáveis da ocorrência de atos lesivos ao erário federal. Portanto, quanto a esse aspecto, no sentido de que a retenção cautelar teria resguardo no direito da Administração Pública de assegurar o resarcimento de valores indevidamente pagos, a proposta a cautelar poderia encontrar ressonância entre os pressupostos que viabilizam a concessão da medida, conforme art. 276 do Regimento Interno.

27. Todavia, não basta a razoabilidade do direito em questão, porquanto a concessão pretendida também deve se pautar no juízo de **periculum in mora**; quanto a esse aspecto, a conclusão de pertinência não parece evidente. Isso porque a experiência adquirida por esta Corte no trato da matéria, mediante as mencionadas TCEs, revelou que a metodologia de indicação do débito, adotada desde quando o processo foi instaurado no âmbito da SES/GO, pautou-se pela quantificação dos valores efetivamente pagos. Nessas processos de contas especiais, o tema da retenção não teve nenhuma importância, porque se buscou o resarcimento daquilo que havia sido efetivamente pago concernente a cada licitação.

28. Desse modo, surge um grave problema: a legitimidade para concessão da cautelar, na extensão pretendida pelo representante. O MPF não busca nominar exatamente os processos de compra a que se deve ater o bloqueio dos pagamentos, senão em delimitar o pedido tão-somente no aspecto temporal (2002 a 2008), conforme requerimento constante da petição inicial, sem deixar de fazer referência à quantificação financeira que significou o pagamento indevido às empresas nesse período, conforme assinala o Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 e sintetiza o item 7 desta instrução. Diligência posterior aponta a materialidade da fonte orçamentária federal (peça 38). Busca-se, portanto, que o pretendido bloqueio acolha a extensão de materialidade indicada no mencionado relatório, cujo teor, em forma de planilha, elenca todos os procedimentos de compra incluídos no período, excetuando-se os que se referem a 2002, porquanto não teriam sido achados os documentos relativos ao exercício, conforme informa a própria SES/GO (peça 43, p. 1).

29. Em se concedendo a medida cautelar, na extensão pretendida, ficaria reservado um montante financeiro supostamente devido pelas três empresas – estimado em aproximadamente 14 milhões (17% de R\$ 84.338.637,55), de modo que, à medida que fossem convalidados os débitos indicados nas respectivas TCEs, esgotadas todas as etapas processuais, ter-se-ia garantido o efetivo resarcimento do erário federal. O condicionamento jurídico para que tal figuração fática ocorra é a de que haja urgência

ou risco de ineeficácia da decisão de mérito, conforme estipula o art. 276 do Regimento Interno. Ou seja, no caso concreto aqui tratado, o **periculum in mora** que informa a medida pretendida está no implícito receio do MPF de que a recomposição do erário federal não se concretize pelo rito ordinário – tal condição não é demonstrada pelo impetrante –, razão por que o bloqueio é proposto de forma globalizada, os vários contratos de fornecimento de medicamentos ainda pendentes de pagamento.

30. As empresas alegam a arbitrariedade da pretensão, por não levar em conta principalmente o reflexo econômico de tal medida no funcionamento de suas atividades. Como fundamento jurídico, uma delas cita excerto constante do item 32 do relatório que consubstancia a deliberação contida na Decisão 395/2002, por meio da qual há posicionamento da unidade técnica então atuante, no sentido de não encontrar amparo legal para retenção em contratos por inadimplementos estranhos aos previstos no contrato a que se referem. De fato, se a SES/GO parece demonstrar que, globalmente, teria como reter o pagamento de mais 14 milhões para compensar o pagamento indevido de alíquota de ICMS com recursos federais em inúmeros processos de compra, é sinal de que há contratos em que, apesar de ter sido cumprido o fornecimento pactuado, não houve qualquer pagamento.

31. Trata-se, indvidosamente, de medida com relevante repercussão material que somente poderia ser concedida, segundo o presente exame, se realmente estivesse demonstrada sua urgência, no sentido de que, uma vez feitos os pagamentos até agora retidos, a recomposição ulterior do erário correria grave risco. Ainda que as conclusões alcançadas por este exame não estejam condicionadas às apurações promovidas em outras esferas jurisdicionais, faz-se referência aos incisivos argumentos apresentados pelas empresas envolvidas, no sentido de que constatação semelhante teria sido levada em conta pela Justiça Federal de Goiás ao denegar ao MPF pretensão de arresto cautelar dos bens das empresas.

32. Ademais, há uma importante circunstância, aventada no início desta análise, que atenta contra a pretendida medida. A materialidade dos valores citados na representação se fragiliza mediante a flagrante insegurança com que a própria administração estadual se refere aos dados consubstanciados no Relatório de Auditoria SES/GO 01/2011. Segundo dá a entender o Secretário Estadual de Saúde, em resposta à diligência desta Corte, todo o relatório teria respaldo em documentação hábil, excetuando-se as operações relativas ao exercício de 2002 (peça 43). Em memorando interno, contudo, a Gerência da Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO ressalta a precariedade dos dados constantes do relatório, ao afirmar que eles estariam sujeitos a uma validação ulterior a ser realizada por uma nova comissão de servidores, em conformidade com o Despacho GAB 004670/2011 da Procuradoria Geral do Estado (peça 38, p. 2). O referido despacho é incisivo ao afirmar que não foram localizados fisicamente todos os documentos necessários para respaldar a conclusão do mencionado relatório, razão por que haveria necessidade de uma nova auditoria com participação conjunta da Secretaria da Saúde e da Procuradoria Geral do Estado (peça 38, p. 56). A relevância com que se apropria tal informação à presente análise se justifica por ter chegado ao conhecimento desta unidade técnica, por via informal, que o motivo determinante para que a SES/GO ainda não tenha cumprido a determinação constante do Acórdão 1.789/2010 – 2ª Câmara é a ausência de documentação hábil para compor as tomadas de contas especiais.

33. Ora, se o ingresso desses processos no âmbito do TCU, instância em que efetivamente se verificará a ocorrência do débito, parece se mostrar por agora comprometida, o objeto da cautelar, na extensão pretendida pelo MPF, parece perder sustentação jurídica.

34. Entende-se que é justificável a iniciativa do representante. Nada obstante, diante dos condicionamentos jurídicos que informam a concessão da medida cautelar, ela deve se dar sobre bases concretas e que não atentem contra os direitos das empresas. Os indícios de débito já identificados por esta Corte dizem respeito aos procedimentos discriminados em dois acórdãos, acima aludidos, e não alcançam a totalidade dos valores transacionados em cada um deles, senão somente a parcela de ICMS indevidamente pago. Os que dizem respeito ao Acórdão 45/2008 – P, suas respectivas TCEs já se encontram em tramitação nesta Corte e sobre eles a SES/GO não tem mais qualquer gerência. Mas sobre as TCEs a serem enviadas a esta Corte, a partir dos procedimentos já definidos pelo Acórdão 1.789/2010 – 2^a Câmara e outros a serem ainda identificados pela SES/GO, conforme sugestão de determinação constante da proposta de encaminhamento que se segue, deve a SES/GO abster-se de efetuar o pagamento da alíquota de ICMS indevidamente faturada pelas empresas fornecedoras até o seu julgamento definitivo.

c) Levantamento de auditoria em aquisição de medicamentos

35. A análise pertinente ao presente item se deve à informação de que as mesmas empresas distribuidoras de medicamentos citadas na representação continuaria, ainda nos dias atuais, a fornecerem medicamentos à SES/GO, razão por que o receio manifesto pela pasta, no sentido de que a retenção de pagamento poderia provocar desabastecimento. A respeito do tema, faz-se referência à ação fiscalizatória de levantamento promovida por esta Corte e que requereu a participação de várias unidades técnicas, cujo objetivo foi o de colher informações sobre os procedimentos de aquisição de medicamento a fim de subsidiar futuras ações de fiscalização (TC – 009.625/2011-9; Fiscalis 439/2011; Acórdão 140/2012 – P).

36. No trabalho que coube a esta unidade técnica, o qual foi remetido à unidade técnica coordenadora (4^a Secex) para efeito de consolidação do relatório, houve a descrição de um específico achado, cujo conteúdo apresenta a seguinte forma:

Descrição do achado

2. Restrição ao caráter competitivo das licitações a serem realizadas no âmbito da SES/GO para aquisição de medicamentos, a partir da revogação da Lei Estadual nº 16.920/2010 pela Lei Estadual nº 17.317/2011, vigente desde o dia 09/06/2011, tendo em vista não mais existir previsão legal para a utilização do pregão eletrônico em nível estadual

Situação encontrada

O Acórdão nº 45/2008 - P, determinou a constituição de 23 tomadas de contas especiais, cada qual relativa ao um pregão presencial realizado pela SES/GO para aquisição de medicamentos, por conta de irregularidades licitatórias. Na fiscalização das licitações realizadas em 2010, todas por meio de pregões eletrônicos em função da vigência da Lei Estadual n. 16.920/2010, regulamentada em parte pelo Decreto Estadual n. 7.080/2010, verificou-se que o caráter competitivo das licitações foi bem maior, contando com ampla gama de concorrentes, incluindo laboratórios fabricantes. Entende-se possível que, com o fim do pregão eletrônico em nível estadual, a competição para fornecimento de medicamentos para o Estado volte a se restringir a poucos distribuidores. Ressalte-se que a modalidade do pregão eletrônico em Goiás era normatizada pelo Decreto Estadual nº 5.818/2003. Como o decreto regulamentador n. 7.080/2010 o revogou expressamente, porque a matéria se encontrava já normatizada em nível de legislação ordinária, fica claro que a revogação da Lei n. 16.920/2010 pode implicar que não mais existe fundamento legal para a utilização do pregão eletrônico em Goiás.

Encaminhamento

Proposta de realização de rigoroso acompanhamento das licitações estaduais visando a adquirir medicamentos por meio de recursos federais, a partir da revogação da Lei Estadual nº 16.920/2010. Em outra vertente, considera-se oportuno um futuro posicionamento jurisprudencial desta Corte de vincular a aquisição de medicamentos com recursos da União, qualquer que seja o nível federativo, à realização de pregão eletrônico.

37. Apesar de a representação se vincular objetivamente à ocorrência de pagamentos indevidos a certas distribuidoras, em contexto amplo ela também lança questionamentos sobre a forma administrativa com que foram conduzidos os processos de contratação das fornecedoras, via pregão presencial. Pelo visto, esse processo parece continuar concentrado em poucas empresas – não se sabe de que forma estão sendo contratadas –, o que configura, segundo a mais balizada doutrina, em situação de risco a ser considerada pelas ações de controle.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

38. As duas providências requeridas na representação impetrada pela Procuradoria da República em Goiás têm pertinência parcial. Embora esta Corte já venha exercendo a apuração da irregularidade relativa ao pagamento indevido de tributo nas aquisições de medicamentos promovidas pela SES/GO, a representação resultou no aprimoramento dessa ação, na medida em que são propostas determinações para sua ampliação.

39. Com relação à medida cautelar, entende-se que a deliberação cabível, já em sede de mérito, como dispõe o art. 276, § 6º, do RI, é a que procure promover, para cada procedimento em que a irregularidade tenha sido identificada, se ainda for possível, a retenção do pagamento do tributo indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento. Desse modo, a definição de débito que deve constar na tomada de contas especial subsequente, a ser instaurada pela SES/GO, deverá referir-se aos valores indevidamente faturados e que foram pagos. Há, ainda, com relação aos processos de aquisição de medicamentos que vêm sendo promovidos pela pasta, proposta de específica avaliação.

40. Isto posto e considerando o teor do art. 276, § 6º, do Regimento Interno, por meio do qual é autorizada a formulação imediata do mérito em circunstância análoga a que se deparam estes autos, propõe-se o seu encaminhamento ao Relator Marcos Bemquerer Costa, acompanhados da seguinte proposta:

- i - conhecer da representação, nos termos do art. 132 da Resolução 191/2006, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- ii - dar conhecimento da deliberação que vier a ser adotada à Procuradoria da República no Estado de Goiás e à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás;
- iii – determinar à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás a adoção das seguintes providências:
 - a) dar cumprimento ao item 1.6.1 do Acórdão 1.789/2010 – 2ª Câmara, concedendo-se, extraordinariamente, o prazo adicional de sessenta dias para seu cumprimento;
 - b) adotar providências com vistas à apuração integral de todos os processos de aquisição de medicamentos com relação ao pagamento com recursos federais de tributo indevidamente faturado, excluídos os já referidos pelo Acórdão 45/2008 – P e pelo Acórdão 1.789/2010 – 2ª Câmara, mas que tenham sido identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 ou outro relatório que venha complementá-lo ou retificá-lo, devendo, inclusive, instaurar, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, remetendo à Secretaria Federal de Controle Interno, no prazo de 90 dias, sem prejuízo de encaminhar a este Tribunal as informações sobre as conclusões e providências adotadas;

c) providenciar para cada procedimento em que a irregularidade tenha sido identificada, se ainda for possível, a retenção do pagamento com recursos federais do tributo de ICMS indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento, para que a definição de débito que deva constar na tomada de contas especial a ser instaurada se atenha especificamente aos valores indevidamente faturados e que já foram pagos;

iv- recomendar à Secretaria de Controle Externo em Goiás que avalie a conveniência e oportunidade de propor, para o exercício de 2013, auditoria nos processos de aquisição de medicamentos que vêm sendo promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, com o objetivo específico de se aferir a regularidade administrativa dos contratos de fornecimento;

v – autorizar o encerramento dos autos, sem prejuízo do monitoramento, em processo distinto, das determinações propostas à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás.”

É o Relatório.

VOTO

Trago à apreciação deste Tribunal Representação formulada pelo Procurador da República em Goiás Marcelo Santiago Wolff, acerca de supostas irregularidades detectadas nos pagamentos efetuados pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO, às empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., concernentes a compras de medicamentos de alto custo, realizadas no período de 2002/2008, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS.

2. A Representação em tela deve ser conhecida, em face do atendimento aos requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso I e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

3. Como visto no Relatório precedente, as irregularidades trazidas à baila pelo Representante foram inicialmente apontadas em Auditoria realizada pela SES/GO (Relatório n. 01/2011), tendo sido estimados prejuízos que totalizaram R\$ 36.769.326,02 (trinta e seis milhões, setecentos e sessenta e nove mil, trezentos e vinte e seis reais e dois centavos).

4. Diante das falhas detectadas, a SES/GO promoveu, na via administrativa, a retenção de quantias a serem pagas no âmbito de contratos firmados com as empresas envolvidas nessas ocorrências, de tal forma que a glosa efetuada alcançou o montante de R\$ 31.586.163,19 (trinta e um milhões, quinhentos e oitenta e seis mil, cento e sessenta e três reais e dezenove centavos).

5. Preliminarmente cumpre destacar que, no âmbito deste Tribunal, foram adotadas as seguintes medidas processuais:

5.1. diligência à SES/GO, a fim de obter informações acerca dos desembolsos que já foram promovidos em benefício das empresas apontadas na Representação, especialmente no que concerne: a) à realização de retenção de créditos dessas empresas em decorrência de indícios de inclusão indevida de ICMS nas aquisições de medicamentos efetivadas por meio de Pregões; e b) ao destino dado aos valores retidos (restituição à conta do SUS, compensação com outras aquisições de medicamentos, dentre outros).

5.2. oitiva das empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda. para que se manifestassem acerca dos indícios de irregularidades contidos na peça inicial destes autos.

6. Apresentadas as respostas às oitivas realizadas e coligidas aos autos as informações decorrentes das diligências efetivadas, a Secev/GO oferece proposta de encaminhamento no sentido de se efetuar determinação à SES/GO para que seja dado cumprimento ao subitem 1.6.1 do Acórdão n. 1.789/2010 – 2^a Câmara e concluída a apuração dos indícios de irregularidades detectados em aquisições de medicamentos de alto custo (processos especificados: 200200010008397 – CP n. 04/2003; 200200010008398 – CP n. 16/2003; 200200010008401 – Pregão n. 012/2003; 200300010002580 - Inexigibilidade; 200300010008396 – CP n. 08/2003; 200300010009317 – CP n. 32/2002; 200300010003638 – Pregão n. 005/2003; 200300010003641 – Pregão n. 001/2003; 200300010003642 –Pregão n. 004/2003; 200300010015038 – Pregão n. 052/2004; 200400010004375 – Pregão n. 176/2004; 200400010004376 – Pregão n. 175/2004; 200400010006315 – Pregão n. 197/2004; 200400010007877 – Pregão n. 203/2004; 200400010007878 – Pregão n. 202/2004; 200400010008967 – Pregão n. 219/2004; 200400047000965 – Pregão n. 128/2004; 200500010002008 – Pregão n. 240/2005; 200500010015580 – Pregão n. 063/2006; 200600010015579 – Pregão n. 315/2005) com instauração, se necessário, de maneira apartada, dos respectivos processos de tomadas de contas especiais.

7. Sugere, ainda, a Secretaria instrutiva que seja efetuada determinação à aludida secretaria estadual de saúde para adoção de providências com vistas à apuração integral de processos de aquisição de medicamentos identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011, que, apesar de não contemplarem a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS, ainda não foram objeto de deliberações deste Tribunal (em especial Acórdãos ns. 45/2008 – Plenário e 1.789/2010 – 2^a Câmara),

instaurando-se as correspondentes tomadas de contas especiais que devem ser remetidas à Secretaria Federal de Controle Interno, no prazo de 90 dias, sem prejuízo do encaminhamento a este Tribunal das informações sobre as conclusões e providências adotadas.

8. Por fim, a Secex/GO propõe determinação para que, nos casos em que não forem afastados indícios de irregularidade, seja efetuada a retenção do pagamento com recursos federais do tributo de ICMS indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento, caso tal providência ainda não tenha sido adotada na via administrativa.

9. Confrontando essa proposta oferecida pela unidade técnica com a situação fática ora delineada, considero adequado, em essência, o encaminhamento acima mencionado, consoante passo a explicar.

10. Vale destacar que a sistemática adotada nas contratações efetivadas pela SES/GO, para compra de medicamentos de alto custo, já vem sendo objeto de análise no âmbito de outros processos em trâmite neste Tribunal.

11. Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do Relatório que embasou o recente Acórdão n. 732/2013 – Plenário, proferido em processo de Relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti (TC n. 016.833/2009-0), que descreve essa sistemática e o entendimento empreendido por esta Corte de Contas acerca dessa questão:

“3. Um dos achados apontados pela auditoria se referiu à possibilidade da existência de fraude nos processos licitatórios de aquisição de medicamentos, os quais conduziram à contratação das mesmas empresas (Hospfar, Milênio e Medcommerce), conforme consta registrado nos itens 61 a 63 da instrução integrante do relatório que precedeu o Acórdão n. 45/2008 – Plenário. À ocasião, apontou-se possível dano ao erário decorrente ainda da seguinte irregularidade, assim descrita pela equipe técnica da Secex/GO (relatório da referida deliberação):

‘64. As irregularidades iniciam-se com a elaboração do edital, onde são exigidos das empresas licitantes que em suas propostas estejam incluídos todos os impostos e demais encargos, inclusive o ICMS. Normalmente estas exigências estão descritas nos itens 5.3, 5.3.1 e sua OBS, transcritos a seguir.

5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea b, da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 CONFAZ relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque da isenção concedida.’

65. Com o fito de evitar questionamentos, uma vez que estes medicamentos são isentos do ICMS, em razão do convênio CONFAZ nº 87/02 e do Decreto Estadual nº 5.825/03, também é inserido no edital (normalmente no item 11.5) os procedimentos a serem utilizados pelas empresas para excluir dos preços cotados e homologados o valor do ICMS:

66. ‘11.5. Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, a (s) Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitidas (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total faturado, e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.825/03, ficando indicado o seguinte resultado:

=PREÇO DE FÁBRICA

(-)DESCONTO OFERTADO

=SUB-TOTAL

(-)DESONERAÇÃO DO ICMS

= TOTAL A PAGAR

(...’)

69.2. Da análise de parte dos processos de pagamentos, tabelas anteriores, pode-se afirmar que há danos aos cofres em razão da:

69.2.1. Não desoneração do ICMS, como definido no edital - itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos que as empresas além de não excluir o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado.

70. Para a correta apuração do débito faz-se necessário solicitar à SES que encaminhe cópias integrais e legíveis de todos os processos de pagamentos vinculados aos pregões nº 013/2005, 040/2005, 053/2005, 171/2005, 173/2005, 174/2005, 175/2005, 176/2005, 185/2005, 200/2005, 201/2005, 223/2005, 224/2005, 288/2005, 292/2005, 293/2005, 314/2005, 316/2005, 004/2006, 117/2006, 130/2006, 226/2006 e 259/2006.

71. Devido a grande quantidade de contratos, de medicamentos e de responsáveis, entendemos que para cada pregão deverá ser instaurada uma TCE, como forma de obter maior eficiência no desenrolar do processo.

72. O mesmo entendimento estende-se às demais falhas/irregularidades descritas no anexo I, pois as irregularidades são inúmeras, os responsáveis são vários. Assim, temos que as audiências e citações descritas no citado anexo I, devem ser apuradas nos correspondentes processos de tomada de contas especial.’

4. Mediante o Acórdão 45/2008 – Plenário (Relator-Ministro Raimundo Carreiro), este Tribunal decidiu **determinar à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) a instauração de tomada de contas especial relativa a cada um dos pregões mencionados, nos quais houvesse pagamento por medicamentos com oneração de ICMS envolvendo recursos federais, além de outras providências.**

5. Em atendimento à determinação deste Tribunal, **a SES/GO instituiu comissão instauradora de tomada de contas especial, a qual realizou o levantamento das informações e documentos relacionados aos indícios de dano, bem assim, identificou a parcela de recursos federais envolvidos nos pagamentos, individualizando-os por pregão**, sendo esta tomada de contas especial instaurada em relação ao Pregão 117/2006-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou depoimentos dos envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (peças 37 e 38 dos autos do processo eletrônico).”

(grifos acrescidos).

12. O que se observa, portanto, é que este Tribunal já deliberou acerca da questão dos pagamentos efetuados pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO, às empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., concernentes a compras de medicamentos de alto custo, realizadas no período de 2002/2008, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS.

13. Nesse sentido, o Acórdão n. 1.789/2010 – 2ª Câmara, em seu subitem 1.6.1, determinou apuração, pela SES/GO, dos pagamentos irregulares realizados no âmbito de vários processos de compras de medicamentos efetivados nesse período, bem como instauração das tomadas de contas especiais, caso os indícios de irregularidade não fossem afastados.

14. Diante desse contexto, considero, em consonância com o entendimento da Secex/GO, que a presente Representação resulta em aprimoramento dessas ações supramencionadas, propiciando-se uma ampliação das medidas anteriormente adotadas, de forma a abranger as aquisições de medicamentos com indícios de irregularidades detectados no Relatório de Auditoria SES/GO n. 01/2011 e que ainda não tinham sido objeto de análise no âmbito desta Corte de Contas.

15. Diante desse contexto, entendo oportuno considerar parcialmente procedente esta Representação, efetuando-se determinações à SES/GO para que: a) remeta a este Tribunal

documentação descrevendo todas as providências já adotadas em cumprimento ao subitem 1.6.1 do Acórdão n. 1.789/2010 – 2^a Câmara; b) faça a apuração dos processos de aquisição de medicamentos identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 que, apesar de não contemplarem a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS, ainda não foram objeto de deliberações deste Tribunal, e efetue a análise pormenorizada desses processos, efetuando, se for o caso, as instaurações das respectivas Tomadas de Contas Especiais.

16. No tocante à pretensão do Representante de que o TCU efetue, cautelarmente, a retenção de valores contratuais, no montante das quantias ora questionadas, também considero adequado o encaminhamento proposto pela unidade técnica deste Tribunal.

17. Dessarte, vislumbro a existência dos requisitos legais para adoção de tal medida, consoante disposto no art. 276, § 6º, do Regimento Interno/TCU, pois, embora se tenha notícia de que, na via administrativa, já foi efetuada a glosa do total de R\$ 31.586.163,19 (trinta e um milhões, quinhentos e oitenta e seis mil, cento e sessenta e três reais e dezenove centavos), referente a pagamentos realizados no âmbito de contratos firmados com as empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., a retenção cautelar de pagamentos em procedimentos específicos objeto de Tomada de Contas Especial representa garantia de que as lesões ao erário ora detectadas deixarão de ocorrer, resguardando-se o interesse público, com diminuição do risco de ineficácia de futura decisão de mérito.

18. Acrescento, ainda, que acolho a proposta no sentido de se recomendar à Secex/GO que avalie a conveniência e oportunidade de propor, para o exercício de 2013, auditoria nos processos de aquisição de medicamentos que vêm sendo promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, com o objetivo específico de se aferir a regularidade administrativa dos contratos de fornecimento.

19. Por fim, considero pertinente determinar à Secex/GO que acompanhe o cumprimento das determinações contempladas no âmbito destes autos.

Ante o exposto, Voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 4 de junho de 2013.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

ACÓRDÃO Nº 3130/2013 – TCU – 2^a Câmara

1. Processo n. TC-007.935/2012-9.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: VI – Representação.
3. Interessada: Procuradoria da República em Goiás – MPF.
4. Órgão: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secex/GO.
8. Advogado constituído nos autos: Waldemir Malaquias da Silva, OAB/GO n. 17.034; Agmar Vieira Santos, OAB/GO n. 31.380; Marcos Vinicius Lebe Lemos de Freitas, OAB/GO n. 14.282; Anderson Braga Valadares, OAB/MG n. 104.404; Fabrício David de S. Gouveia, OAB/GO n. 22.784; Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO n. 11.703; e Fabrício Mendonça de Faria, OAB/GO n. 22.805.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela Procuradoria da República em Goiás, acerca de supostas irregularidades detectadas nos pagamentos efetuados pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO, às empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. e Milenio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., concernentes a compras de medicamentos de alto custo, realizadas no período de 2002/2008, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2^a Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos artigos 235 e 237, inciso I e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, conhecer desta Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás – SES/GO que, no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.1. remeta a este Tribunal documentação descrevendo todas as providências já adotadas em cumprimento ao subitem 1.6.1 do Acórdão n. 1.789/2010 – 2^a Câmara;

9.2.2. faça a apuração dos processos de aquisição de medicamentos identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO n. 1/2011 que, apesar de não contemplarem a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS, ainda não foram objeto de deliberações deste Tribunal, e efetue a análise pormenorizada desses processos, providenciando, se for o caso, a instauração das correspondentes Tomadas de Contas Especiais;

9.2.3. providencie para cada procedimento em que a irregularidade tenha sido identificada, se ainda for possível, a retenção do pagamento com recursos federais do tributo de ICMS indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento, para que a definição de débito que deva constar na tomada de contas especial a ser instaurada se atenha especificamente aos valores indevidamente faturados e que já foram pagos;

9.3. determinar à Secex/GO que monitore o cumprimento dos comandos constantes do subitem 9.2. supra;

9.4. recomendar à Secretaria de Controle Externo em Goiás que avalie a conveniência e oportunidade de propor, para o exercício de 2013, auditoria nos processos de aquisição de medicamentos que vêm sendo promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, com o objetivo específico de se aferir a regularidade administrativa dos contratos de fornecimento;

9.5. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, ao Representante, Procurador da República no Estado de Goiás Marcelo Santiago Wolff.

10. Ata nº 18/2013 – 2^a Câmara.

11. Data da Sessão: 4/6/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3130-18/13-2.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência) e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente) RAIMUNDO CARREIRO na Presidência	(Assinado Eletronicamente) MARCOS BEMQUERER COSTA Relator
--	--

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Subprocuradora-Geral

